



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"ם 1873/12

לפני :  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט נ' סולברג

המערערת :  
אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ

נגד

המשיבים :  
1. אוניברסיטת בן גוריון בנגב  
2. נחום עמוס קבלן לעבודות בניין ופיתוח בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים  
בבאר שבע מיום 1.3.2012 בתיק עת"מ 18949-02-12

תאריך הישיבה :  
ז' תמוז התשע"ב (27.6.2012)

בשם המערערת :  
בשם המשיבה 1 :  
בשם המשיבה 2 :  
עו"ד ד"ר אמיר קמינצקי ; עו"ד ליאורה קמינצקי ;  
עו"ד אליאב אסולין  
עו"ד חגי גיל ; עו"ד הילה וולפסון  
עו"ד אילן בן חמו

### פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונח לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בבאר שבע, מיום 1.3.2012 (עת"מ 18949-02-12, כב' השופט א' ביתן), אשר דחה עתירה של המערערת (להלן: אסום) כנגד זכייתה של משיבה 2 (להלן: נחום עמוס בע"מ) במכרז שהוציאה משיבה 1 (להלן: האוניברסיטה).

השתלשלות ההליכים

2. האוניברסיטה פרסמה מכרז פומבי מס' 145/11, להקמת מעונות סטודנטים בקמפוס בשדה בוקר (להלן: המכרז). בנספח א' למכרז, בסעיף 4, הוסבר כי הפרויקט

כולל ארבעה שלבים. צוין שבמועד הוצאת המכרז קיימת ודאות לגבי ביצוע שלב א', היתכנות סבירה לביצוע שלב ב', ואפשרות פחותה לשלבים ג' ו-ד'. במסגרת המכרז הזמינה האוניברסיטה את ביצוע שלב א' בלבד (16 יחידות דיוור), ושמרה לעצמה את האופציה להזמין מהזוכה גם את ביצוע שלב ב' (20 יחידות דיוור). המציעים נדרשו למלא את כתב הכמויות עבור שני השלבים, במחירי יחידה זהים. בסעיף 5, אשר עוסק בתנאי הסף, נאמר בין היתר כי רשאי להשתתף במכרז רק מי שמסר ערבות השתתפות יחד עם ההצעה. בסעיף 7 נאמר כי הערבות תהיה בלתי מותנית, לפירעון תוך 7 ימים מיום הדרישה. נכתב ש"אי התאמה לדרישות הערבות עלולה להביא לפסילת ההצעה. יחד עם זאת, האוניברסיטה תהיה רשאית (אך לא חייבת) לפנות למציעים בדרישה לתיקון כתב הערבות במקום לפסול את ההצעה".

המועד האחרון להגשת הצעות נקבע ליום 5.1.2012. ביום 10.1.2012 נפתחו המעטפות. בטופס פתיחת ההצעות נכתב כי הצעתה של אסום עבור שלב א' עומדת על 7,806,634 ₪, ואילו הצעתה של נחום עמוס בע"מ עבור שלב זה עומדת על 8,345,666 ₪. בקשר להצעה האחרונה צוין על גבי הטופס כי "יש לברר האם ההנחה [שהוצעה על ידי נחום עמוס בע"מ] כוללת שלב א' בלבד". הוועדה העבירה את ההצעות לבדיקת חברה חיצונית. זו העלתה סימני שאלה נוספים ביחס להצעתה של נחום עמוס בע"מ, והמליצה להזמין את המציעה לשימוע בפני הוועדה.

ביום 16.1.2012 התכנסה הוועדה לדיון ראשון, ובסיומו הוחלט לקיים ישיבת הבהרות עם נחום עמוס בע"מ. זאת, בין היתר, לאחר שהתברר כי בערבות שהגישה נכתב שמועד הפירעון הוא עד עשרה ימים מיום הדרישה, בעוד שעל פי תנאי המכרז מועד הפירעון הוא עד שבעה ימים מיום הדרישה. בהקשר זה ציינה הוועדה, בסעיף 3.2, כי:

"מאחר והוגשה ערבות טובה (למעט הסטייה הזניחה של 3 ימי פירעון) ולא ניכר ניסיון להטעות את הוועדה ועל פניו נראה כי מדובר בשגיאה בתום לב ובהיסח הדעת שאינה מקנה יתרון מיוחד לקבלן. בנסיבות הללו סבורה הוועדה כי נכון יהיה לעשות שימוש בהוראות המכרז המיוחדות המאפשרות לוועדה לתת לכל משתתף הזדמנות לתיקון ערבות ההשתתפות – לכן יש לאפשר לקבלן להגיש ערבות מתוקנת בנקודה זו".

כן כתבה הוועדה, בסעיף 3.4, כי:

"הקבלן ציין הנחה כללית בהצעתו – יש להבהיר האם אכן הכוונה להנחה שתחול על כל שלב בנפרד, גם אם יבוצע שלב א' בלבד".

באותו יום התקבלו ההבהרות מטעם נחום עמוס בע"מ. כאשר להנחה, הובהר כי ההנחה הכללית שהציעה – בגובה 9.1% - תחול על כל שלב בנפרד, לרבות במקרה של ביצוע שלב א' בלבד. כאשר לערכות, נחום עמוס בע"מ מסרה ערכות בנקאית מתוקנת, שבה נכתב כי מועד הפירעון יהיה עד שבעה ימים מיום קבלת הדרישה. מטבלת ההשוואה שהכינה הוועדה באותו יום - לאור שתי ההבהרות - עלה כי הצעתה של נחום עמוס בע"מ היא הזולה ביותר, ועומדת על 7,586,210 ₪. הצעתה של אסום, לאחר בדיקה, עומדת על 7,789,006 ₪, והיא השנייה הזולה ביותר.

ביום 18.1.2012 התכנסה הוועדה לדיון שני. במסגרת זאת התבקשו הבהרות אודות סעיפים נוספים בהצעתה של נחום עמוס בע"מ, בהם ישנם פערים בין מחירי שלב א' למחירי שלב ב'. לאחר קבלת הבהרות מנחום עמוס בע"מ, נערכה ביום 30.1.2012 טבלת השוואה נוספת ממנה עלה כי זו עדיין ההצעה הזולה ביותר והיא עומדת על 7,227,051 ₪. הצעתה של אסום, לאחר בדיקה נוספת, עמדה על 7,788,882 ₪, והיא עודנה השנייה הזולה ביותר. לנוכח זאת הוכרזה נחום עמוס בע"מ כזוכה במכרז.

ביום 6.2.2012 שלחה אסום מכתב לאוניברסיטה. נטען כי שגתה הוועדה כאשר אפשרה לנחום עמוס בע"מ לערוך "מקצה שיפורים" בכתב הערכות המקורי והלקוי שהגישה, וכן התעלמה מן הפערים הרבים שהתגלו בהצעה. ביום 7.2.2012 השיבה האוניברסיטה למכתב. כאשר לפערים, נטען כי הוועדה פעלה בדיוק לפי הוראות המכרז אשר קובעות כי אם ישנם פערים במחירים שהוצעו בין שלב א' לשלב ב' – יתייחסו למחיר הנמוך מהשניים. לעניין הערכות, הובהר כי הוועדה פעלה בהתאם להוראות סעיף 7 לנספח א' של המכרז, לפיהן היא מוסמכת להורות למציע לתקן את כתב הערכות. כן צוין שאסום מנועה מלטעון נגד הוראות הסעיף, משום שהיא הייתה מודעת היטב לקיומו כאשר בחרה להשתתף במכרז.

ביום 12.2.2012 הגישה אסום עתירה לבית המשפט המנהלי, כנגד האוניברסיטה וכנגד נחום עמוס בע"מ (עת"מ 18949-02-12). טענותיה התמקדו בארבעה פגמים שנפלו בהצעה של נחום עמוס בע"מ: ראשית, הערכות נקבעה לעשרה ימים ממועד הדרישה במקום לשבעה ימים. שנית, ההנחה צוינה במאוחד לגבי שלבים א' ו-ב', תוך סטייה מתנאי המכרז ובאופן שדרש הבהרות. שלישית, המדרגות של שלב א' תומחרו במחיר יחידה של אפס ₪, ואילו בשלב ב' במחיר יחידה של 18,000 ₪ (ובסכום כולל של 108,000 ₪). רביעית, התנהלות האוניברסיטה מול נחום עמוס

בע"מ מהווה מו"מ אסור, במסגרתו הפחיתה נחום עמוס בע"מ למעלה ממיליון ₪ מהצעתה המקורית.

ביום 1.3.2012 ניתן פסק דינו של בית המשפט המנהלי. באשר לערבות, נקבע כי אסום ידעה מראש אודות קיומו של סעיף 7, שמאפשר לאוניברסיטה להורות למציע לתקן את כתב הערבות, והיא מנועה מלתקוף אותו. סעיף זה הוא לגיטימי, משום שהוא מאפשר לתקן עניין ספציפי שאיננו מהותי למכרז. במקרה דנא, ניכר כי האוניברסיטה ייחסה משקל מרכזי לגובה הערבות ותוקפה, ומשקל מופחת ליתר תנאי הערבות: בתנאי הערבות הקבועים בסעיף 7 מודגשים סכום הערבות ותוקפה בלבד; בפרסום בעיתון הופיעו "תמצית תנאי הסף" שכללו את גובה הערבות ותוקפה בלבד; בטופס פתיחת ההצעות, בעמודה המתייחסת לערבות, הכותרת היא "סכום הערבות". בנוסף, נסיבות הפעלת הסעיף על ידי הוועדה היו סבירות: מדובר בפער של שלושה ימים בלבד, ונחום עמוס בע"מ – שטעתה בתום לב – תיקנה את הערבות משנדרשה לכך. באשר לאי-ציון ההנחה לגבי כל שלב, הוסבר כי אין מניעה – על פי תנאי המכרז – להציע הנחה זהה לשני השלבים, וכך אכן עשתה נחום עמוס בע"מ. באשר לתמחור המדרגות, צוין כי נחום עמוס בע"מ תיקנה את הצעתה וקבעה את מחיר המדרגות גם בשלב ב' לאפס, בהתאם לתנאי המכרז. באשר לניהול המו"מ עם האוניברסיטה, ועדת המכרזים לא ניהלה מו"מ עם נחום עמוס בע"מ אלא הזמינה אותה כדי לברר פרטים. לכך היא מוסמכת הן על פי הוראות המכרז (סעיף 16), והן על פי הדין (תקנה 8א(א)(5)) לתקנות חוק חובת המכרזים, התשנ"ג-1993). לנוכח טעמים אלו נדחתה עתירתה של אסום. מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים בערעור

3. במסגרת הערעור שלפנינו טוענת אסום כי שגה בית המשפט המנהלי משהכשיר את הפגם שנפל בערבות. זאת משום שהערבות שהוגשה טובה פחות מהערבות שנדרשה, שהרי מועד הפירעון שלה הוא בתוך 10 ימים ולא בתוך 7 ימים. באשר לטענת השיהוי, הוסבר כי אסום כלל לא העלתה בדעתה שתנאי המכרז יופעלו בניגוד להלכות שנקבעו בפסיקה. כן חוזרת אסום על טענותיה כי האוניברסיטה ניהלה מו"מ פסול, וכי נחום עמוס בע"מ ציין הנחה מאוחדת עבור שלבים א' ו-ב', ותמחרה באופן שונה את המדרגות בשלב א' ו-ב' - כל זאת בניגוד להוראות המכרז.

עמדת המשיבים בנוגע לערבות הינה שהוועדה פעלה במסגרת הסמכות שנקבעה מראש בסעיף 7 לתנאי המכרז, ואפשרה לנחום עמוס בע"מ לתקן את כתב

הערבות. תנאי זה היה ידוע מראש לאסום כאשר השתתפה במכרז, ואין לאפשר לה כעת לתקוף אותו. אין מניעה מן הדין שעורך המכרז יקבע מראש ובאופן שוויוני כי ניתן יהיה לתקן פגם זניח שייפול – אם ייפול – בכתב הערבות. כמו כן, אף אם לא היה נקבע תנאי כזה מראש, הרי שהפסיקה מכירה באפשרות שלא לעמוד על פגמים זניחים. בהקשר זה אף צוינו תקנות 20(ג) ו-20(ד) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, וכן תקנה 37(ד) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות של מוסד להשכלה גבוהה), התש"ע-2010. תקנות אלו מסמיכות את ועדת המכרזים להפעיל שיקול דעת בהתייחסותה לפגמים שנפלו בהצעה, וכך אכן נעשה במקרה דנא.

יצוין כי יחד עם בקשת רשות הערעור הגישה אסום בקשה לעיכוב ביצוע פסק דינו של בית המשפט המנהלי. ביום 14.3.2012 קיבל בית משפט זה את הבקשה, והורה על עיכוב ביצוע העבודות להקמת המעונות עד למתן פסק הדין בערעור.

דיון והכרעה

כתב הערבות

4. הלכה מושרשת היטב בבית המשפט העליון היא כי "יש לראות בפגמים שנפלו בערבות בנקאית שצורפה להצעה במכרז, ככלל, משום פגמים מהותיים אשר יש בהם כדי להביא לפסילת ההצעה אף אם נעשו בתום לב, למעט במקרים מיוחדים ביותר ויוצאי דופן" (ע"מ 6242/09 חג'אזי נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 11 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (10.11.2009)); ראו והשוו: ע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים, פ"ד נז(3) 505 (2003); ע"מ 6200/07 פ.פ.פ. ריהאב בע"מ נ' מדינת ישראל (22.5.2008)). כלל ההקפדה על תנאי הערבות הבנקאית מתאפיין ביישום פורמאלי, עד כדי כך ש"כל שינוי מן הנוסח המחייב, בין אם הוא לטובה או לרעה, מחייב, על פי רוב, את פסילת ההצעה" (עניין חג'אזי, פסקה 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

ההקפדה היתירה על תנאי הערבות מבוססת על שלושה טעמים. האחד - עיקרון השוויון בין המציעים. זהו עקרון יסודי בדיני המכרזים. נובע ממנו כי אין להעניק יתרון בלתי הוגן למציע מסוים, אשר סטה מתנאי המכרז והגיש ערבות פגומה. השני - שיקולי יעילות, שאף הם רבי משמעות בדיני המכרזים. הקפדה על כלל הפסילה עשויה להגביר את הוודאות, ולצמצם את ההתדיינות שצצות תדיר אחר זכייה במכרז, הן בוועדת המכרזים והן בבית המשפט. השלישי - המקצועיות והרצינות הנדרשת מן המשתתפים במכרז. על כל מציע להבין כי עסקינן בסוג של מקצוע. עליו

להפגין מקצועיות גם במילוי דרישותיו הטכניות של המכרז, ולבדוק בדקדקנות את הערבות הבנקאית שהוא מצרף להצעה. יחס סלחני כלפי מציעים שלא עשו כן, עלול לתמרץ גילויים נוספים של חוסר מקצועיות – לא רק בשלב ההצעות, אלא אף בשלב ביצוע העבודה שלשמה הוצא המכרז. ייתכן שניתן יהיה באופן חריג לשקול סטייה מכלל הפסילה לנוכח הצטברותם של מספר פרמטרים לקולא. ברם הכשרת הפגמים צריכה להיעשות במידה ובמשורה, לנוכח הטעמים החזקים שעומדים ביסוד כלל הפסילה (ראו והשוו: בג"ץ 173/82 פלס נ' נהריה, פ"ד לו(2) 472, 475 (1982); עע"מ 10785/02 י.ת.ב בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 897 (2003); עע"מ 6242/09 חג'אזי נ' המוסד לביטוח לאומי (27.8.2009); עע"מ 5834/09 אדמונית החורש נ' המוסד לביטוח לאומי (31.1.2010); עע"מ 303/12 מטיילי קריית שמונה נ' עיריית צפת (3.7.2012)).

בל נשכח כי, באופן טבעי, בית המשפט איננו מעוניין לתקוע מקלות בהחלטת הרשות לצאת למכרז. הכוונת הרשות לעמוד על תנאי הערבות הבנקאית, שהינה חלק מן ההצעה המוגשת למכרז, הינה גישה אשר "תגביר את הוודאות המשפטית, תקל על מלאכתן של ועדות המכרזים ותצמצם את ההתדיינויות המשפטיות סביב זכייה במכרז" (עע"מ 2628/11 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 2 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (1.1.2012)). הכוונה גוררת הכוונה. פסיקת בית המשפט תכוון את הרשות, והקפדת הרשות תכוון את מגישי ההצעות. במובן זה, הנימוק השלישי שהובא לעיל, לפיו השתתפות במכרז הינה בגדר מקצוע – הינו גם תשובה לקולות שמסתייגים מפורמאליזם ביחס לטעות שנפלה בערבות הבנקאית ושנובעת כנראה מתום לב או מרשלנות. המחיר בהקפדה גם במקרים מעין אלה נועד לשרת את עקרונות השוויון והיעילות. העומס שנוצר בשל הדרישה מן המציע לבדוק את הערבות לאחר שתגיע לידו, גם בפרטים הקטנים – בטל בשישים לעומת התכליות שהוזכרו.

בכך טמונה התשובה לטענת נחום עמוס בע"מ, כי יש למחול לה משום שפעלה בתום לב ובלא רשלנות. המכרז הינו חוזה, אך לא חוזה רגיל. עיקרון תום הלב מפנה את מקומו לעיקרון השוויון. בניגוד לחוזה מן המניין, שמתמקד בשני צדדים, המכרז משקיף גם על צדדי ג' שבחרו שלא להשתתף במכרז - לעיתים בשל תנאי המכרז. הראייה היא ציבורית, ועסקינן בשוויון הזדמנויות. על כן, מתן הזדמנות למציע לתקן בדיעבד פגם מהותי, לרבות פגם בתנאי הערבות הבנקאית, אך משום שנהג בתום לב או בהעדר רשלנות - פוגע מיניה וביה בשוויון. ה"תיקון" למצב המתואר הוא על ידי נקיטת גישה מקצועית מלכתחילה על ידי המציע. תחת הטענה שלא התרשל ושפעל בתום לב – מוטב שיבחן את הצעתו בשבע עיניים. זהו נטל שלרוב איננו מכביד.

## 5. ומן הכלל אל הפרט.

בכתב הערבות שהציגה נחום עמוס בע"מ התחייב הבנק לפירעון בתוך עשרה ימים ממועד הדרישה. זאת על אף שבתנאי המכרז נדרש להציג התחייבות לפירעון בתוך שבעה ימים. פגם כזה הינו בעל נפקות לא רק מפני שעניינו תנאי בערבות בנקאית, אלא בשלושה מובנים נוספים: הראשון, התחייבות לפירעון בתוך עשרה ימים היא נחותה, מבחינה כלכלית, מאשר התחייבות לפירעון בתוך שבעה ימים. כתב הערבות שהציגה נחום עמוס בע"מ העניק לה יתרון כלכלי בלתי-שוויוני על פני יתר המציעות, ובכללן העותרת, אשר השיגו התחייבות לפירעון בתוך שבעה ימים – בדיוק כפי שנדרש מהן על פי תנאי המכרז. השני, דרישת המכרז הינה חד משמעית ומדברת בעד עצמה. צוינה דרישת הפירעון – שבעה ימים. אין כל קושי להבין את הדרישה. אף אין כל קושי לבדוק אם הערבות שסיפק הבנק עומדת בדרישה. השלישי, הפגיעה בשוויון ברורה. הפער בין הצעת נחום עמוס בע"מ לבין המציעים האחרים יוצר תוצאה של חוסר שוויון לטובת הראשונה.

אף ניתן להכריע בעניין מכוח קל וחומר. בעניין חג'אזי נדונה ערבות למימוש תוך 7 ימים, שהוגשה במקום ערבות למימוש תוך 10 ימים. זוהי ערבות מיטיבה, מנקודת מבטו של עורך המכרז – המצב ההפוך בדיוק מן המקרה שלפנינו. חרף זאת נפסק בעניין חג'אזי, שדי בעצם השינוי מדרישות המכרז – גם אם זהו שינוי לטובה - כדי לפסול את ההצעה. בית המשפט הדגיש כי "עקרון השוויון מחייב שכל המציעים יעמדו בתנאי המכרז ככתבם וכלשונם. אסור שתנאי הערבות יהיו טובים או גרועים מהתנאים שנקבעו במסמכי המכרז. אין מקום לדרוש מועדת המכרזים לבחון כל פגם ופגם, האם הוא מיטיב עם מוציא המכרז או מרע עימו. על מנת להימנע מהסתבכויות משפטיות ומפגיעה בעקרון השוויון על הועדה לבחון האם תנאי הערבות זהים או שונים מן הנוסח המחייב" (עניין חג'אזי, פסקה 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן). הכרעה זו התקבעה בעניין אפקון, שם נפסק פה אחד כי "גם ערבות מיטיבה וגם ערבות מרעה, יש בהן, כעקרון, כדי לפסול את ההצעה במכרז [...]. אל למציעים או לבנקים לגרוע או להוסיף על תנאי הערבות, בבחינת לא מדובשך ולא מעוקצך" (פסקה 20 לפסק דינה של השופטת נאור; השוו שמואל הרציג דיני מכרזים 526-531 (2010)).

הנה כי כן, גם במצב הקשה יותר להכרעה, בו ניתנה ערבות שמטיבה עם המזמין ומרעה עם המציע – נפסק כי דין הערבות להיפסל. שם כמו כאן, מדובר

בסטייה של שלושה ימי פירעון. יש בכך על פני הדברים להביא לתוצאה דומה, במקרה שבו הצעה מרעה עם המזמין ומטיבה עם המציע. כך עולה מן העקרונות הכלליים של דיני המכרזים ביחס לפגם בערכות בנקאית. כך עולה גם מן הבחינה הפרטנית של הפגם הספציפי במועד פירעון הערכות, על פי הפסיקה.

6. המשיבות מתמודדות עם המשוכה של כללי הפסיקה, שלכאורה תומכת בפסילת הצעתה של נחום עמוס בע"מ, בשתי דרכים: האחת – סעיף 7 במכרז, והאחרת – הימנעות אסום מלהעלות את הסתייגותה נגד סעיף זה במהלך המכרז עצמו.

סעיף 7 למכרז קובע כי: "אי התאמה לדרישות הערכות עלולה להביא לפסילת ההצעה. יחד עם זאת, האוניברסיטה תהיה רשאית (אך לא חייבת) לפנות למציע/ים בדרישה לתיקון כתב הערכות במקום לפסול את ההצעה".

סבורני כי הסעיף איננו תורם לכשרות מעשיה של הוועדה. מטרתו, כביכול, להקנות לוועדה סמכות להכשיר פגמים שנפלו בערכות. אולם האוניברסיטה איננה חופשית לקבוע לעצמה את אופן בחירת ההצעות. בדיני מכרזים, חופש ההתקשרות של עורך המכרז איננו מקבל את מעמד הבכורה. החוק והפסיקה, לא סעיף 7, הם שיקבעו את גבולות סמכותה של ועדת המכרזים. הוועדה איננה מוסמכת להכשיר הצעה פגומה, מקום שהדין קובע כי היא פסולה. לא ניתן להתנות על הפסיקה הברורה והמושרשת היטב, אשר מאמצת את הגישה המחמירה לבחינת פגמים בערכות. סעיף 7, כפי שהוא מנוסח, מחזק את המסקנה האמורה: הוועדה "...רשאית (אך לא חייבת)" שלא לפסול. הוראה כזו, על פי פשוטה של הלשון, מותירה שיקול דעת רחב לוועדה. היא יכולה לשקול שיקולים שונים, כגון עד כמה ההצעה המלווה בפגם בערכות כדאית לאוניברסיטה מבחינה כלכלית. פתיחת פתח כזה, בדבר אופן יישום הסעיף, תפגע בשוויון. זאת גם כלפי צדדים שלישיים שלא הגישו הצעה מפני שידם אינה משגת לעמוד בעלות הערכות, והם לא ידעו שניתן יהיה לתקן את החסר לאחר מעשה. בראייה זו, משנקבע כי הערכות שלפנינו פגומה היא, תוך הישענות על הפסיקה – לא יוכל סעיף 7 לגבור על הפגם.

האמור לעיל מהווה תשובה גם למשוכה השנייה, לפיה אסום לא הסתייגה מסעיף 7 בזמן המכרז ובהתאם לכך הינה מנועה מלטעון כעת כנגדו. ככלל, מציע איננו יכול להעלות טענות נגד המכרז לראשונה לאחר שהפסיד. ברם, "טענת השתק" זו – כוחה מוגבל במקרה דנא. אין לשלול את תשובת אסום לפיה יש לפרש את סעיף 7



באופן שהאוניברסיטה תאפשר תיקון הערבות הבנקאית רק במקרים חריגים. על פי קו זה, לא יעלה על הדעת שהאוניברסיטה התכוונה לסטות בצורה כה ברורה מכלל הפסילה שמעוגן בפסיקה. אלא, כוונת סעיף 7 היא לחול רק במקרים שאף הפסיקה קבעה שהם נמנים על ה"חריג שבחריגים", ובהם בלבד תתאפשר מתן הזדמנות לתיקון. אמנם אף פרשנות כזו לסעיף מקימה קשיים, ולו בשל אי הבהירות שבדבר. אולם, לצד זאת, סעיף 7 אשר הובא לעיל אכן איננו ברור ומנוסח בלשון כללית אשר מעניקה לאוניברסיטה שיקול דעת רחב. על כן, לא ניתן לשלול את הפרשנות המוצעת על ידי אסום כהסבר לכך שהיא נמנעה מלהסתייג ממנו. לשיטתה של אסום, לא היה עליה לדעת מראש כי האוניברסיטה תפרש את סעיף 7 באופן שמאפשר לה לפנות למציע בכדי שיתקן את הערבות הבנקאית שהגיש, גם אם מדובר במקרה שאיננו חריג – כפי שקיים כאן. לכך יש להוסיף, שסעיף 7 הינו ניסיון לקבוע כלל שיעקוף את הדרישה המקפידה על ערבות בנקאית תקינה. אל תתמה כי בית המשפט איננו מעוניין להשלים עם אימוץ מסלול עוקף שכזה.

המסקנה מכל האמור היא שבערבות אותה צירפה נחום עמוס בע"מ נפל פגם מהותי ויסודי, אשר הוועדה לא הייתה מוסמכת להורות על תיקונו. די בכך כדי לפסול את הצעתה של נחום עמוס בע"מ – בניגוד לעמדת בית המשפט המנהלי.

#### היקף ההנחה

7. ישנו טעם נוסף לקבלת הערעור, שאף הוא בעל משקל: חוסר בהירות בכל הנוגע להיקף ההנחה שהציעה נחום עמוס בע"מ. במה דברים אמורים?

בעמוד הראשון של כתב הכמויות שהגישה נחום עמוס בע"מ (נספח ד לתיק המוצגים מטעם המערערת), בשורה שכותרתה "שלב א'", נכתב שההנחה הינה 0% ושסך כול המחיר הוא 8,345,666 ₪. בעמוד 16, בשורה שכותרתה "שלב ב'", נכתב שההנחה הינה 0% ושסך כול המחיר הוא 7,806,731 ₪. משמעות הדברים היא, על פניו, שנחום עמוס בע"מ מציעה על כל אחד משני שלבי הפרויקט הנחה בגובה 0% – דהיינו, אין הנחה כלל. סכום שני המחירים שניתנו, עבור שלב א' (8,345,666) ושלב ב' (7,806,731), הוא 16,152,397 ₪. לצד זאת, בשורה הראשונה של כתב הכמויות, תחת הכותרת "כל סעיפי כתב כמויות", נכתב שסך כול המחיר הוא 14,682,528 ₪ ושההנחה הינה 9.1%. ואכן, הפער בין הסכום המחושב של שני השלבים (16,152,397) ₪ לבין הסכום שנכתב בפועל (14,682,528) ₪ עומד על 1,469,869 ₪, שהם 9.1% הנחה מן הסכום המחושב. על פני הדף, אין הסבר לפער בין 0 לבין 9.1.

לשם השוואה, בכתב הכמויות שהגישה אסום (נספח ג לתיק המוצגים מטעם המערערת) - המספרים מתיישבים היטב: ליד השורה "שלב א'" נכתב שאחוז ההנחה הינו 5.85, וסך הכול המחיר הוא 7,789,006 ₪. ליד השורה "שלב ב'" נכתב שאחוז ההנחה הינו 5.85, וסך הכול המחיר הוא 8,061,312 ₪. סכום שני המחירים שניתנו, עבור שלב א' ושלב ב', הוא 15,850,318 ₪. סכום זה כולל את ההנחה בגין כל שלב בנפרד. ואכן, ליד השורה "כל סעיפי כתב כמויות" נכתב שסך הכול המחיר הוא 15,850,318 ₪, ושאחוז ההנחה על כל כתב הכמויות הוא 0 (כלומר, לא תינתן הנחה נוספת וגורפת על שני השלבים, אלא רק ההנחה שנכתבה במפורש עבור כל שלב בנפרד).

הוועדה לא הצליחה לפענח את הצעתה של נחום עמוס בע"מ, בין היתר בכל הנוגע לגובה ההנחה. דבר זה צוין במפורש הן על גבי טופס פתיחת הצעות הקבלנים מיום 10.1.2012 והן בפרוטוקול הדיון הראשון של הוועדה מיום 16.1.2012. ואכן, מקריאת כתב הכמויות לא ברור לחלוטין מהו היקף ההנחה שמציעה נחום עמוס בע"מ בגין שלב א'. אף העובדה שנחום עמוס בע"מ ציינה הנחה של 9.1% עבור "כל הכמויות" - אין בה בכדי לפזר את הערפל: ניתן לסבור כי הנחה גורפת זו תינתן רק אם ייבנה גם שלב ב', דבר שכלל איננו בטוח על פי האמור בתנאי המכרז. כזכור, תנאי המכרז התייחסו באופן ודאי לשלב א' בלבד, בעוד ששלב ב' היה רק בגדר אפשרות סבירה. אם זאת הייתה כוונת נחום עמוס בע"מ, כי אז יש לבחון את הצעתה ללא ההנחה. ויודגש כי לקיומה של הנחה בשיעור 9.1% עבור שלב א' יש משמעות רבה: המחיר שהציעה נחום עמוס בע"מ ללא ההנחה של 9.1% גבוה מן המחיר שהציעה אסום, אך נמוך ממנו לאחר ההנחה. בכל מקרה, דרך הצגת ההנחה על ידי נחום עמוס בע"מ מעלה סימני שאלה נוספים. לא ברור מה החלוקה בין שלב א' לשלב ב', בכל הקשור למתן ההנחה.

יודגש כי חשיבותה של הבהירות בכל הנוגע לגובה ההנחה של שלב א', נובעת ישירות מן האמור בסעיף 14 לנספח א' של המכרז בדבר שיטת הניקוד: 100% מן הניקוד יינתן בגין המחיר לשלב א' בלבד. מכיוון שכך, הייתה חשיבות עליונה לכך שגובה ההנחה שהיא מציעה עבור שלב א' יהיה ברור לחלוטין כבר בעת הגשת ההצעה (בדיוק כפי שההנחה שהציעה העותרת הייתה ברורה מעל לכל ספק). זאת במיוחד במבחן התוצאה, כאשר כאמור גובה ההנחה של נחום עמוס בע"מ היה בו כדי להכריע האם היא תהיה ההצעה הזולה ביותר אם לאו.

מסקנת הדברים היא, שכתב הכמויות של נחום עמוס בע"מ איננו מבהיר מהי ההנחה שהיא מציעה עבור שלב א'. ממילא לא ברור מהו המחיר הסופי שהיא מציעה עבור שלב זה, שהוא "השלב הקובע" על פי תנאי המכרז. בנסיבות המתוארות, אף פגם זה מצדיק את פסילת הצעתה של נחום עמוס בע"מ. אי-בהירות זו בהצעת נחום עמוס בע"מ הובילה לכך שהאוניברסיטה פנתה אליה כדי להבין את הצעתה. "שיחת הבהרה" זו - שנובעת מן הדרך שבה מילאה נחום עמוס בע"מ את כתב הכמויות - העניקה לה יתרון, ובכך הרוויחה נחום עמוס בע"מ מאי-בהירותה.

במישור העקרוני, ההלכה הפסוקה קובעת שהצעה הכוללת הנחה שאיננה ודאית או ברורה – דינה להיפסל. כך, בעניין שרביב נפסלה הצעה מכיוון שלא היה ברור האם ההנחה היא קבועה או צמודה למדד (בג"ץ 462/79 שרביב נ' ראש עיריית נהריה, פ"ד לד(1) 467 (1979)). בדומה לכך, בעניין עיד נפסלה הצעתו של זוכה אשר רשם פעמיים את המילים "הנחה 5%", מבלי שהתברר האם כוונתו להנחה של 10% בסך הכל (עע"מ 6063/05 עיד נ' מועצה מקומית כפר קרע (7.2.2007)). שלושה טעמים עומדים ביסוד ההקפדה על הצורך בבהירות: ראשית, אין לדרוש מבעל המכרז להתקשר בהתקשרות חוזית הטומנת בחובה יסוד של חוסר ודאות. שנית, חוסר הוודאות משבש את סדרי התחרות ומשמיט את הבסיס להשוואה בין המציעים. שלישית, הצעה כאמור מעניקה לבעל ההצעה "טווח תמרון" אשר פוגע בשוויון ומהווה ניהול אסור של משא ומתן לאחר פתיחת המכרז.

בד בבד, מספר פסקי דין היו נכונים להכיר בכשרותה של הנחה לא ברורה, וזאת משום שהתקיימו נסיבות מקלות אשר הוציאו את העוקץ מן הפגם. כך, למשל, בעניין בדראן הוכשרה הצעה שבה ההנחה באחוזים הייתה 15%, ברם ההנחה בסכום עמדה על 17%. זאת משום שבצמוד להנחה בסכום הטביעה המציעה חותמת שמלמדת על כך שזוהי הצעתה הסופית, וכן משום שיתר הסכומים שצוינו בהצעה התייחסו בבירור להנחה לפי 17% ולא להנחה לפי 15% (ע"א 2319/98 בדראן נ' ועדת המכרזים במועצה המקומית יקנעם (17.5.2000)). בהקשר אחר, בעניין כאלדי הוכשרה הצעה שבה ההנחה נרשמה בכתב יד על גבי תדפיס ההצעה. זאת משום שבתנאי המכרז נקבע שההצעה שבתדפיס היא המחייבת, וכן משום שלתדפיס צורף מכתב שתומך במתן ההנחה (עע"מ 5853/05 כאלדי נ' רכבת ישראל (16.1.2007)); ראו והשוו: עומר דקל דיני מכרזים 617-621 (2004); הרציג, בעמ' 197-220. דוגמאות אלו אינן רלבנטיות למקרנו: אי-הבהירות נותרה בעינה גם לאחר בחינת מכלול ההצעה כפי שהוגשה, היא ניצבת בלב ההצעה, ואין היא יכולה לשאוב צידוק או הבהרה מתנאי המכרז.

סיכומו של דבר: בנסיבות העניין שלפנינו, ולנוכח כללי הפסיקה המחייבים, דעתי היא שאף בכל הנוגע להנחה שהציעה נחום עמוס בע"מ נפל פגם מהותי שמצדיק את פסילתה.

פערי המחיר במדרגות

8. טענה נוספת של אסום מתמקדת במדרגות. כאמור, נחום עמוס בע"מ תמחרה את המדרגות של שלב א' במחיר יחידה של אפס ₪, ואילו בשלב ב' במחיר יחידה של 18,000 ₪ (ובסכום כולל של 108,000 ₪). לאחר הליך הבירור מול האוניברסיטה – תיקנה נחום עמוס בע"מ את הצעתה, וקבעה את מחיר המדרגות גם בשלב ב' לאפס. לשיטת אסום, תמחור במחיר אפס מצדיק כשלעצמו את פסילת ההצעה, משום שהוא מגלה תכסיסנות פסולה.

ככלל, תמחור סעיפים ספציפיים בהצעה באופן שאיננו ריאלי עלול לעורר חשד כי המציע פועל בתכסיסנות או למצער איננו מגלה רצינות כנדרש (השוו: עע"ם 687/04 ינון נ' רשות הנמלים, פסקה 14 (15.6.2006)). ברם, במקרה דנא לא שוכנעתי כי מחיר המדרגות הבלתי-ריאלי מלמד על תכסיסנות או על חוסר רצינותה של נחום עמוס בע"מ. ראשית, תמחור אפס נעשה ביחס לפריט אחד בלבד - המדרגות, ששוויו ביחס להצעה הכוללת עומד על כ-1%. שנית, ובהמשך לכך, הפער בשורה התחתונה בין שתי ההצעות הזולות ביותר איננו מופרז: הצעתה של נחום עמוס, הזוכה במכרז, זולה בכ-7% מהצעתה של אסום. זאת מבלי להתחשב בשאלת תוקפה של ההנחה ואי-הבהירות שאופפת אותה, נושא שנדון לעיל. שלישית, ועדת המכרזים לא קיבלה את הרושם כי מחיר האפס של המדרגות נובע מתכסיסנות או מהנחות בלתי-ריאליות ולא רציניות של נחום עמוס בע"מ. אדרבה, הליך הבירור הצביע על כך שנחום עמוס בע"מ עומדת מאחורי הצעתה, אף כאשר הובהר לה שהמדרגות יתומחרו במחיר אפס בשני השלבים של הפרויקט. מצירוף שלושת הטעמים עולה כי לא ניתן להסיק, מעצם העובדה שנחום עמוס בע"מ הציעה מחיר אפס למדרגות, שהצעתה הכוללת הינה פגומה וחסרת היגיון כלכלי.

סיכום

9. העולה מן המקובץ הוא שבהצעתה של נחום עמוס בע"מ נפלו שני פגמים מהותיים, שהוועדה לא הייתה מוסמכת להורות על תיקונם ו/או על הבהרתם: הרחבת

מועד הפירעון של הערבות לאחר דרישה (מ-7 ימים ל-10 ימים), ומתן הנחה שטיבה איננו ברור.

הייתי מציע לחבריי להורות על ביטול פסק דינו של בית המשפט המנהלי. הצעתה של משיבה 2 במכרז פומבי 145/11 שהוציאה משיבה 1 – תיפסל, וזכייתה במכרז תבוטל. תחת זאת הצעתה של אסום היא ההצעה שעליה יש להכריז כזוכה במכרז הנדון. כל אחת מהמשיבות 1 ו-2 תישא בהוצאות המערערת ובשכר טרחת עו"ד בגין שני ההליכים בסך 36,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט נ' הנדל. אעיר אך זאת, שחברי דן ברותחין את סעיף 7 למכרז – "מסלול עוקף" – כלשונו, והלכה למעשה עשאו לאות מתה. סעיף 7 מאפשר לוועדת המכרזים לפנות אל המציעים בדרישה לתיקון כתב הערבות במקום לפסול את ההצעה. ברי כי אין בכוחו של הסעיף לפרוץ את הסכר שנבנה בעמל של שנים בפסיקת בית משפט זה מסביבה של הערבות, לבל תוכשר ערבות פגומה. ברם, חיי המעשה וטעויות אנוש מציבים לפנינו מצבים – זעיר פה זעיר שם – שהצדק מחייב לפתוח בהם פתח לתיקון של פגם שאינו מהותי, באופן שיש בו כדי להיטיב עם המזמין ועם המציעים כאחד, מבלי לפגוע בעקרונות דיני המכרזים. כשלעצמי, לא הייתי מוציא את סעיף 7 אל מחוץ לגדר. הוא לגיטימי. לעיתים – נדירות אמנם – הוא נחוץ, מיטיב לכל, וצודק.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה למסקנה אליה הגיע חברי השופט נ' הנדל ולפיה יש לפסול את ההצעה שהגישה המשיבה 2, נחום עמוס קבלן לעבודות בניין ופיתוח בע"מ (להלן: נחום עמוס) במכרז נושא הערעור, מחמת פגמים שנפלו בה. מדובר במכרז אותו פרסמה המשיבה 1, אוניברסיטת בן גוריון בנגב (להלן: האוניברסיטה) להקמת מעונות

סטודנטים בקמפוס שדה בוקר (להלן: המכרז). כפועל יוצא ממסקנה זו, אני מסכימה גם כי יש להורות על זכייתה של המערערת, אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ (להלן: אסום), במכרז הנדון. אבקש עם זאת להוסיף דברים אחדים לתמיכה במסקנות אלה.

#### הפגמים בהצעתה של נחום עמוס

1. אסום הצביעה על שלושה פגמים מרכזיים שנפלו בהצעתה של נחום עמוס: פגם בערבות הבנקאית; פגם של אי בהירות לגבי ההנחה המוצעת; ותמחור המדרגות בשלב א' לפרוייקט ב"אפס" המהווה, לטענתה, תכסיסנות אסורה.

להלן אבחן את הפגמים הנטענים כסדרם.

#### הפגם שנפל בערבות הבנקאית

סעיף 5(ד) של נספח א' למכרז קובע בין תנאי הסף את הדרישה לצירוף "ערבות השתתפות" ובסעיף 7 לנספח מצויינים פרטיה של אותה הערבות ונדרש כי תהא "ערבות בנקאית בלתי מותנית (אוטונומית), מבנק ישראלי בעל מוניטין, לפירעון עם דרישה (לא יאוחר מ-7 ימים מיום הדרישה), ערוכה לפקודת האוניברסיטה ועל שם המציע כנערב, בסך של 100,000 ש"ח לפחות ובתוקף לפחות עד ליום 5.4.2012 ועד בכלל". באותו סעיף אף נכתב "לתשומת לב המציעים" כי "אי התאמה לדרישות הערבות עלולה להביא לפסילת ההצעה, יחד עם זאת, האוניברסיטה תהיה רשאית (אך לא חייבת) לפנות למציע/ים בדרישה לתיקון כתב הערבות במקום לפסול את ההצעה" [ההדגשות במקור].

נחום עמוס צירפה להצעתה ערבות בנקאית ובה נכתב כי הבנק ישלם את סכום הערבות בתוך פרק זמן של עד עשרה ימים מיום הדרישה, במקום בתוך פרק זמן של עד שבעה ימים, כנדרש בתנאי המכרז. ועדת המכרזים היתה ערה לפגם שנפל בהקשר זה בערבות הבנקאית שהגישה נחום עמוס, אך סברה כי היות ו"על פניו נראה כי מדובר בשגיאה בתום לב ובהיסח הדעת שאינה מקנה יתרון מיוחד לקבלן... נכון יהיה לעשות שימוש בהוראות המכרז המיוחדות המאפשרות לוועדה לתת לכל משתתף הזדמנות לתיקון ערבות ההשתתפות - לכן יש לאפשר לקבלן להגיש ערבות מתוקנת בנקודה זו" (החלטה מיום 16.1.2012). בהתאם להחלטה האמורה נדרשה נחום עמוס להמציא לוועדת המכרזים ערבות בנקאית מתוקנת, והיא עשתה כן ביום 16.1.2012.

האם רשאית הייתה ועדת המכרזים להתיר לנחום עמוס להגיש ערבות בנקאית מתוקנת בנסיבות שתוארו?

אינני סבורה כך.

2. בית משפט זה עמד לא אחת על כך ש"תנאי במכרז המחייב הפקדת ערבות בנקאית מהווה תנאי חשוב ומהותי, שיש למלא אחריו בשוויוניות ובדקדקנות" (ע"מ 2628/11 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' מדינת ישראל - הרשות הממשלתית למים ולביוב, פסקה 12 (טרם פורסם, 1.1.2012) (להלן: עניין אפקון)). על כן, פגם בערבות נחשב ככלל לפגם מהותי אשר יש בו כדי להביא לפסילת ההצעה אף אם נעשה בתום לב, ורק במקרים חריגים ונדירים כאשר הפגם אינו מסכל את מטרת הערבות ותיקונו אינו עומד בסתירה לעקרון השוויון, ניתן יהיה להכשירו (ראו: ע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' ג'מאל אבראהים, פ"ד נז(3) 505, 511 (2003); עניין אפקון, פסקה 12; ע"מ 6242/09 חג'אזי חברה לטיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 12 (טרם פורסם, 10.11.2009) (להלן: עניין חג'אזי); לחריגים המצומצמים בהם ניתן להכשיר פגם שנפל בערבות בנקאית ראו ע"מ 5834/09 אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 31.1.2010)). כן עמד בית משפט זה על כך שבאותם המקרים בהם הפגם שנפל בערבות עניינו מועד פירעון שונה מזה שנקבע במסמכי המכרז, מדובר ככלל בפגם הפוגע בשוויון בין המתמודדים במכרז ובינם לבין מתמודדים פוטנציאליים אשר לא ניגשו למכרז ועל כן, יש בו כדי לפסול את ההצעה. בהקשר זה הדגיש בית המשפט כי "אסור שתנאי הערבות יהיו טובים או גרועים מהתנאים שנקבעו במכרז" (עניין חג'אזי, פסקה 13. כן ראו עניין אפקון). הנה כי כן, גם באותם המקרים שבהם נקבעו בערבות תנאים מיטיבים לעומת התנאים שנקבעו במסמכי המכרז, כגון קביעת מועד פירעון קצר יותר מזה שנקבע בתנאי המכרז, יש לפסול את ההצעה. מקל וחומר כך הוא במקרה שבו ערבות שהגיש מציע במכרז כוללת תנאים מרעים דוגמת מועד פרעון ארוך יותר מזה שנקבע במסמכי המכרז, כבענייננו. תנאי כזה יש בו על פי ההלכה הנוהגת כדי לפגום בערבות באופן מהותי והוא מוליך לפסלות ההצעה.

3. בהחלטתה מיום 16.1.2012 ביקשה ועדת המכרזים להתגבר על הלכה מבוססת זו תוך שהיא נסמכת על הוראת סעיף 7 של נספח א' למכרז המצוטטת לעיל, לפיה רשאית הוועדה לפנות למציע שהערבות אותה הגיש אינה תואמת את דרישות המכרז, על מנת שיתקן את הטעון תיקון בה ובכך לחלצו מפסילת ההצעה. בית משפט קמא סבר כי וועדת המכרזים רשאית היתה לעשות כן במקרה דנן ומכל מקום הדגיש כי אסום

מנועה מלהעלות טענות לגבי חוקיותו של התנאי האמור, נוכח העובדה שהשתתפה בהליכי המכרז והלינה על הוראת סעיף 7 לראשונה רק לאחר שנודע לה כי לא זכתה בו.

אני סבורה כי בכך שגה בית משפט קמא.

מסמכי מכרז ככל מסמך משפטי אחר, יש לפרש פרשנות תכליתית באופן שמתוך מגוון האפשרויות הלשוניות שנושא הנוסח הכתוב יש לבחור במשמעות המשפטית המקיימת את מטרותיו. בתהליך פרשני זה יש ליתן את הדעת למאפייני היחודיים של המכרז, לעקרונות של שוויון, תחרות הוגנת וטוהר מידות המונחים ביסוד מוסד משפטי זה, כפי שהם באים לידי ביטוי בדין המכרזים וכן לתכליות הקונקרטיים העומדות בבסיס המכרז הספציפי. עוד יש ליתן את הדעת לכך שעל המכרז - בהיותו הזמנה להציע הצעות או הצעה לחוזה נספח - חלים בצד דיני המכרזים גם דיני החוזים על כל הנובע מכך לעניין פרשנותם של מסמכי המכרז (ראו: ע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, פסקה 31 (טרם פורסם, 28.2.2011) (להלן: עניין מתן); ע"מ 3813/11 טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ נ' מלם מערכות בע"מ, פסקה 10 (5.1.2012) (להלן: עניין טלדור); דקל, 176-189; גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 143-150 (1999)). כך למשל משמיע לנו אחד מכללי הפרשנות הנקוטם בפירוש חוזים כי כאשר חוזה ניתן לפירושים שונים "פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל" (ראו: סעיף 25(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); גבריאלה שלו דיני חוזים - החלק הכללי לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 429 (2005) (להלן: שלו)).

4. במקרה דנן ניתן לפרש את הוראת סעיף 7 שבנספח א' לתנאי המכרז באופן המקנה לוועדת המכרזים שיקול דעת בלתי מוגבל לפנות למציע ולדרוש ממנו לתקן ולהתאים את תנאי הערבות הבנקאית שמסר לאלו שנקבעו במסמכי המכרז, יהא הפגם שנפל בערבות הבנקאית אשר יהא. פירוש אפשרי אחר של אותה הוראה הוא כי שיקול דעתה של ועדת המכרזים לפנות אל המציע על מנת שיתקן פגם שנפל בערבות הוא שיקול דעת המוגבל אך ורק לאותם המקרים אשר בהם התיקון הנדרש אפשרי על פי דיני המכרזים - כפי שעוצבו בחקיקה ופותרו בהלכה הפסוקה.

לגישתי הפירוש השני הוא פירוש המקיים את התנאי ואילו הפירוש הראשון אותו אימצה ועדת המכרזים ובה תומכת גם נחום עמוס, הוא פירוש העלול להביא לבטלותו מטעמים של תקנת הציבור, בהיותו נוגד כללי ברזל בדיני המכרזים ועקרונות יסוד של שוויון ושל תחרות הוגנת עליהם מבוססים דינים אלה. אכן, סעיף 24 לחוק



החוזים קובע כי "תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". הוראה זו משקפת עקרון חשוב שאומץ בדין החוזים הישראלי, לפיו חופשיים הצדדים לקבוע ולעצב כרצונם את תנאי החוזה שבו בחרו להתקשר. חופש זה להתקשרות בחוזים הוא אחד הביטויים המובהקים לאוטונומיה של הרצון הפרטי, וככזה אף הוכר כזכות יסוד חוקתית ולא ניתן להפריז בחשיבותו (ראו: שלו, 49; ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית נ' משיח, פ"ד מח(2) 66, 72 (1994) (להלן: עניין אגד)). אולם, ככל זכות יסוד אחרת אין מדובר בחופש מוחלט, ולעיתים עליו לסגת מפני עקרונות וערכים אחרים העומדים בבסיס שיטתנו המשפטית. כך למשל קובע סעיף 30 לחוק החוזים כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל" (ראו ע"א 2555/98 הרב אליהו אברג'ל נ' עזבון המנוח משה בן-יאיר ז"ל, פ"ד נג(5) 673, 683 (1999); עניין אגד, 72-73).

"תקנת הציבור" הנזכרת בסעיף 30 לחוק החוזים היא מושג דינמי בעל תכנים משתנים, המיועד לשקף את "ה'אני מאמין' החברתי של שיטת המשפט" (רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213, 228 (2003)), ובתי המשפט בהחלטותיהם אמורים ליצוק בו תוכן וליישמו תוך קביעת משמעותו ותחומי התפרשותו (ראו: שלו, 510-511; בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר - בנימין נתניהו, פסקה 35 לחוות דעתי (טרם פורסם, 15.6.2008)). כן ראו הוראת סעיף 31 לחוק החוזים המסייגת את הוראת הבטלות הקבועה בסעיף 30, וראו גם שלו, 533-540). לא אחת הודגש בפסיקה כי קביעת היקפה של תקנת הציבור מחייבת איזון פנימי בין ערכים ואינטרסים מתנגשים "ומציאת נקודת האיזון הראויה, פרי תהליך שקילה מורכב" (ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פסקה 18 (לא פורסם, 25.6.2007) (להלן: עניין דולב)). עוד הודגש כי רק ערכים יסודיים בעלי חשיבות מיוחדת שמקורם בתקנת הציבור יצדיקו גריעה מן העיקרון החשוב של חופש ההתקשרות בחוזים המהווה כאמור חלק מן האוטונומיה האישית של המתקשרים (ראו עניין דולב, שם). דומני עם זאת כי מקום שבו מדובר במסמכי מכרז ובהוראה הכלולה בהם אשר אין דרך לפרשה אלא באופן המתיר פגיעה אנושה בעקרונות השוויון והתחרות ההוגנת שעליהם מיוסדים דיני המכרזים, אין מנוס מן הקביעה כי על עקרון חופש ההתקשרות בחוזים לסגת מפני תקנת הציבור וזאת על מנת להגן על עקרונות אלה שביסוד דיני המכרזים ולוודא כי ההליך המכרזי לא ייעשה פלסטר.

במקרה שלפנינו הפרשנות לסעיף 7 של נספח א' למכרז אותה אימצה ועדת המכרזים מאפשרת לה, למעשה, לעקוף את דיני המכרזים תוך פגיעה בשוויון שיש לקיים בין המציעים בפועל וכן בינם ובין מציעים פוטנציאליים במכרז הנדון. היא

מאפשרת לוועדת המכרזים לנהוג איפה ואיפה בין מציעים ולהתיר את תיקון הפגם רק לגבי מציע או מציעים שהיא חפצה ביקרם. אשר על כן פירוש כזה להוראת סעיף 7, אף אם הוא אפשרי מבחינה לשונית, עומד בניגוד ברור ליסוד המסד של ההליך המכרזי בו מחוייבת האוניברסיטה מתוקף סעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992, הליך המשמיע לנו חובה לקיים תחרות הוגנת ומתן הזדמנות שווה לכל המציעים להתמודד על הזכייה במכרז, תוך שמירה על טוהר המידות (למעמד הבכורה השמור לעקרונות אלה גם בהתנגשם עם אינטרסים כלכליים ראו עניין מתן, פסקה 20).

5. אימוץ הפרשנות המקנה לוועדת המכרזים מכוח סעיף 7 לנספח א' של מסמכי המכרז שיקול דעת לאפשר למציעים לתקן ערבות בנקאית תוך סטיה מעקרונות יסוד של דיני המכרזים, יוליך על כן לביטולה של תניה זו בשל היותה נוגדת את תקנת הציבור.

על המגבלות אותן מחוייב מנסח מסמכי המכרז לשים לנגד עיניו בהקשר זה, עמד המלומד עומר דקל באומרו:

על מעצב המכרז לזכור כי דיני המכרזים הינם בעיקרם קוגנטיים. מטרת דיני המכרזים היא להסדיר את אופן פעולתה של הרשות בהתקשרויותיה החוזיות, ולהתוות לפעילות זו גבולות וגדרות. על כן, שיקול הדעת של מעצב המכרז במסגרת עיצוב המכרז מוגבל להכרעה בעניינים שבהם מתירים לו דיני המכרזים מרחב של שיקול דעת ...; לקביעת כללי המשחק בסוגיות שבהן שותקים דיני המכרזים ...; להטלת מגבלות נוספות על הרשות מעבר למגבלות הקבועות בדין ...; ולהכתבת דרישות ותנאים להתנהגותם של המציעים ... מעבר לכך על מעצב המכרז לפעול בהתאם לקבוע בדיני המכרזים ובהתאם לעקרונות שמכתיב המשפט המינהלי. חריגה מכללים ומעקרונות אלה עלולה לפגום במכרז עד כדי צורך בביטולו" (עומר דקל מכרזים 459-460 (כרך א', 2004) (להלן: דקל). כן השוו לשאלת תוקפן של תניות המצמצמות או השוללות את זכותם של המשתתפים במכרז לתקוף את הוראותיו או להשיג על החלטות המתקבלות על-ידי ועדת המכרזים: רע"א 9333/05 היולט-פקרד בע"מ נ' מפעל הפיס, פסקה 5 (30.10.2005); עניין טלדור, פסקה 21).

כבר הזכרנו לעיל את כלל הפרשנות הבסיסי בדיני החוזים המעוגן בסעיף 25(ב) לחוק החוזים ולפיו לעולם יש להעדיף פירוש המקיים את החוזה על פני פירוש שלפיו הוא בטל (ראו בהקשר זה גם עניין דולב, פסקאות 17-20). יישום הכלל האמור

במקרה דנן מחייב אותנו לפרש את הוראת סעיף 7 לנספח א' של מסמכי המכרז כך שלא תפגע בעקרונות היסוד של דיני המכרזים ותעקוף את ההלכות המעצבות דינים אלה. הפירוש המקיים את סעיף 7 הנ"ל משמיע לנו, אפוא, כי כל שהוסמכה ועדת המכרזים לאפשר על פיו אינו אלא תיקון פגמים שנפלו בערכות באותם מקרים חריגים אשר בהם ניתן על פי ההלכה הפסוקה לבצע תיקון כזה. הוראת סעיף 7 על פי פירוש זה אין בה כל פסול. היא תואמת את העקרונות שביסוד דיני המכרזים ונגזרת מן ההלכות המעצבות אותם.

6. המסקנה העולה מן האמור לעיל היא כי ועדת המכרזים לא היתה רשאית לאפשר לנחום עמוס מכוח סעיף 7 לנספח א' של מסמכי המכרז, לתקן את הערכות הבנקאית הפגומה שהגישה. כמו כן אין לקבל בהקשר זה את טענת המניעות שהועלתה כלפי אסום אשר, כנטען על ידה, סברה לכתחילה כי הסמכות המוקנית לוועדת המכרזים על פי סעיף 7 הנ"ל לאפשר תיקון פגמים בערכות מוגבלת אך ורק לתיקונים המותרים על פי דיני המכרזים. הפגם שנפל בערכות של נחום עמוס אינו בא בגדר תיקונים מותרים אלה ומשכך לא ניתן היה להורות על תיקונו והוא מוליך לפסילת הצעתה.

די במסקנה זו לצורך קבלת הערעור אך למעלה מן הדרוש אוסיף ואבחן את יתר הטענות שהעלתה אסום לעניין הפגמים שנפלו בהצעתה של נחום עמוס.

הפגם שנפל בציון ההנחה - קיומו של הליך הבהרות

7. במסמכי המכרז צויין כי לפרוייקט המעונות שלשמו פורסם המכרז ארבעה שלבים, אך קיימת וודאות רק לגבי ביצוע שלב א'; לגבי ביצוע שלב ב' קיימת "[ה]יתכנות סבירה"; ואפשרות פחותה מכך קיימת לגבי ביצוע שלבים ג' ו-ד' (עבורם טרם גוייסו המקורות הכספיים). עוד הובהר כי האוניברסיטה מזמינה את ביצוע שלב א' בלבד, כי התחרות היא לגבי מחירי הביצוע של שלב זה וכי לאוניברסיטה שמורה האופציה להזמין מהזוכה גם את ביצוע שלב ב', ומחיר כל יחידה יהא בהתאם למחיר שהוצע לשלב א'. כן נקבע כי אם בתוך פרק זמן סביר מתחילת ביצוע שלב ב' וטרם סיומו יתברר לאוניברסיטה כי ישנה אפשרות לבצע גם את שלבים ג' ו-ד' (המצויים כיום ב"היתכנות נמוכה") והיא תהיה מעוניינת שהזוכה יבצע גם שלבים אלו, הצדדים יבואו בדברים לגבי ביצוע האמור במחירים שלא יעלו על מחירי היחידות המקוריים (אך הדבר אינו מחייב את הזוכה).

את פירוט הצעתם כאמור נדרשו המציעים לערוך במסגרת "כתב כמויות" אשר מפורטים בו כל הרכיבים הנכללים בגדר העבודה אותה יבצע הזוכה במכרז. המציעים נדרשו לסמן על גבי כתב הכמויות את המחיר ואת ההנחה המוצעים לגבי שלב א' ולגבי שלב ב' בנפרד, וכן את המחיר ואת ההנחה הניתנים עבור "כל סעיפי כתב הכמויות", דהיינו עבור שני השלבים במצטבר. נחום עמוס ציינה את המחיר המתבקש על ידה לגבי כל אחד מן השלבים בנפרד ובמקום המיועד לציון אחוז ההנחה לגבי כל שלב בנפרד צויין "0". לעומת זאת בעמוד הראשון בשורה העליונה המתייחסת ל"כל סעיפי כתב הכמויות" עבור שני השלבים במצטבר, ציינה נחום עמוס הנחה בשיעור של 9.1% (והיא חזרה על כך בכתב יד על גבי העמוד האחרון לכתב הכמויות).

בישיבה שקיימה ועדת המכרזים עם נחום עמוס ביום 16.1.2012 הבהירה נחום עמוס לבקשת הוועדה כי ההנחה שהוצעה על ידה כאמור חלה גם על כל אחד מהשלבים הראשונים לפרוייקט בנפרד ובית משפט קמא סבר כי הליך ההבהרות שקיימה ועדת המכרזים עם נחום עמוס בהקשר זה היה מעבר לנדרש וכי למעשה לא נפלה בהצעת נחום עמוס כל אי בהירות בעניין זה ומובן מתוך ההצעה שההנחה שהוצעה התייחסה גם לכל אחד משלבי הפרוייקט בנפרד.

גם בעניין זה דעתי שונה מדעתו של בית משפט קמא.

8. לא אחת נפסק כי הצעתו של כל משתתף במכרז צריכה להתאים לתנאי המכרז ולהיות "ברורה, סופית וחד-משמעית". הצעה שיש בה הסתייגות, התנייה, או שינוי מהותי מתנאי המכרז - פסולה והצעה שטמון בה חוסר וודאות באשר לתנאיה או לתוקפה, אף היא צפויה להיפסל באשר היא עלולה "לשבש את סדרי התחרות השוויונית, להשמיט את בסיס ההשוואה בין ההצעות, ולהצמיח סכסוכים משפטיים לעתיד לבוא" (ראו: ע"מ 7111/03 "יוסף חורי" חברה לעבודות בנין בע"מ נ' מדינת ישראל ע"י מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נח(6) 170,175 (2004); ע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פסקה 9 (לא פורסם, 22.10.2003) (להלן: עניין קל בנין)). זאת בין אם חוסר הוודאות שנפל בהצעה הוא מכוון ובין אם מקורו בטעות בתום לב (בג"ץ 462/79 שרביב בע"מ נ' ראש עיריית נהריה, פ"ד לד(1) 467,470 (1979)). דיני המכרזים מכירים אמנם בכך שעורך המכרז רשאי לפנות למציע ולקבל ממנו הבהרות לגבי הצעתו (ראו תקנה 37(ה) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות של מוסד להשכלה גבוהה), תש"ע - 2010. כן השוו: תקנה 21(ג) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993; תקנה 19 לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987; תקנה 17(ז) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון),

תשנ"ג-1993), אך זאת רק אם ניתן להסיר את אי הוודאות שבה לוקה ההצעה מבלי להעניק יתרון בלתי הוגן לאותו המציע ומבלי לפגוע בעקרון השוויון כלפי המציעים האחרים. לעומת זאת הודגש בפסיקה כי אין לאפשר הליך של הבהרות אם חוסר הוודאות עשוי להעניק למציע "מרחב תימרון" עד כי במסווה של פרשנות והבהרות יתאפשר לו למעשה לתקן ולשנות את הצעתו באופן מהותי. זאת משום שבכך הופך אותו הליך מקיום מותר של בירורים וקבלת הבהרות למשא ומתן אסור, המתקיים עם אחד המציעים טרם הכרזת הזוכה במכרז, תוך פגיעה בכללים של שוויון ושל תחרות הוגנת שהינם כאמור לב ליבו של ההליך המכרזי (ראו והשוו: ע"מ 3499/08 77 עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים - עיריית עפולה, פסקה 15 (טרם פורסם, 18.1.2009); עניין קל בנין, פסקה 9). כל פניה המקנה למציע פתח לשינוי הצעתו יש לראותה, אפוא, כניהול משא-ומתן אסור (עניין קל בניין, פסקה 10; דקל, 614-615. לניהול משא ומתן במסגרת הליך מכרז ראו גם עניין טלדור).

9. במקרה שלפנינו אי הבהירות שנפלה בהצעת נחום עמוס נוגעת לעניין מהותי ביותר במכרז, הקובע כי לצורך דירוג ההצעות יהווה המחיר בגין שלב א' לפרוייקט 100% מהניקוד (סעיף 14 לנספח א' למכרז). המחיר המוצע בגין שלב א' היה, אפוא, הנתון המשמעותי ביותר בהצעה (להוציא תנאי הסף) וניתן היה לצפות כי הצגתו תעשה באופן ברור וחד משמעי. למרות זאת נכתבה הצעת המחיר של נחום עמוס באופן המשתמע לשתי פנים ולא ברור ממנה כלל האם ההנחה הוצעה רק ככל שיבוצעו שני השלבים על ידה או שמא היא חלה גם במקרה שבו תבצע נחום עמוס את שלב א' בלבד. הספק שהתעורר אצל ועדת המכרזים לגבי ההנחה המוצעת על ידי נחום עמוס משתקף כבר בטופס פתיחת ההצעות מיום 10.1.2012, בו ציינה הוועדה כי "יש לברר האם ההנחה כוללת שלב א' בלבד". בעקבות כך, בין היתר, זומנה נחום עמוס לשיבה שהתקיימה כאמור ביום 16.1.2012, ובמהלכה ביקשה הוועדה מנחום עמוס להבהיר מפורשות האם ההנחה שהציעה חלה בנפרד על כל אחד מן השלבים א' ו-ב'.

דומה כי על פי פשוטו של מקרא מסתברת יותר דווקא הפרשנות לפיה ההנחה המוצעת על ידי נחום עמוס תחול רק מקום שבו שני שלבי הפרוייקט יבוצעו על ידה, ואילו אם יידרש ביצוע השלב הראשון בלבד מוצע המחיר המלא הנקוב בכתב הכמויות וההנחה היא "0". אחרת קשה להבין מדוע מצאה נחום עמוס לשוב ולציין בסיפה לכתב הכמויות, בכתב יד ובאופן מפורש, את סכום ההצעה לפני ואחרי ההנחה לשני השלבים גם יחד ולא ערכה פירוט דומה לכל אחד משני השלבים בנפרד. מכל מקום, אי אפשר להוציא מכלל אפשרות כי כוונתה המקורית של נחום עמוס אכן הייתה כי ההנחה המוצעת תינתן על ידה רק במקרה שבו תזמין האוניברסיטה ממנה את שני שלבי

הפרוייקט, אך לא אם תידרש לבנות את שלב א' בלבד. האפשרות שניתנה לנחום עמוס להבהיר את כוונתה בהקשר זה העניקה לה, אם כן, בדיעבד מרחב תימרון העולה כדי שינוי ותיקון של ההצעה, תוך פגיעה בעקרון השוויון וההבהרה המאוחרת שניתנה על ידה כאמור, עשויה להוות מסווה לשינוי מהותי של ההצעה תוך שניתן לה בכך יתרון בלתי הוגן לעומת מציעים אחרים. הליך ההבהרות שהתנהל עם נחום עמוס אינו תואם, אפוא, עקרונות של שוויון ותחרות הוגנת עליהם מיוסד ההליך המכרזי, ועל כן לא ניתן לבסס עליו את תוצאות המכרז. בהתאם לכך, ובהינתן העובדה שהצעתה של נחום עמוס בגין שלב א' לפרוייקט, ללא הנחה, עמדה על 8,345,666 ש"ח, ואילו הצעתה של אסום, כולל ההנחה שהציעה מפורשות בגין שלב א' למכרז, היתה זולה יותר (7,789,006.433 ש"ח), יש לקבוע גם מטעם זה כי אסום היא הזוכה במכרז.

#### תמחור המדרגות

10. סוגיה נוספת - שאף היא אינה מחייבת הכרעה בהינתן המסקנות שאליהן הגעתי עד כה - נוגעת לתמחור המדרגות. עם זאת אציין למען שלמות התמונה כי בעניין זה לא מצאתי ממש בטענת אסום לפיה יש לפסול את הצעת נחום עמוס כהצעה תכסיסנית אך בשל העובדה שבכתב הכמויות של שלב א' לפרוייקט היא תמחרה את המדרגות ב-"0" ואילו בשלב ב' תמחרה את המדרגות ב-18,000 ש"ח ליחידה (ובסך הכל 108,000 ש"ח). נחום עמוס טענה כי הפער נגרם מחמת טעות וכי מכל מקום, משהעמידה אותה ועדת המכרזים על הפער האמור במסגרת הליך ההבהרות שהתקיים עימה, הסכימה נחום עמוס כי המדרגות יתומחרו "אפס" בשני השלבים. בכך אין כל רבותא שכן תוצאה זו נגזרת ממילא מהוראות המכרז עצמו, אשר לפיהן במקרה של פערים בין כתבי הכמויות בגין כל אחד מן השלבים יש לתאם בין המחירים על פי המחיר הנמוך המופיע בהם, וכך קובע בעניין זה סעיף 4.3(ב) לנספח א' של המכרז:

"[ב]מסגרת הגשת ההצעה למבנה 01 [שלב א'], יש למלא גם את כתבי הכמויות של מבנה 02 (האופציונאלי, שאינו לסיכום) [שלב ב'] במחירי יחידה זהים למחירי היחידה המוצעים על ידי הקבלן למבנה 01. במידה וינקוב הקבלן במחירים שונים עבור סעיפים זהים המחיר הקובע יהיה המחיר הזול מבין המחירים שינקבו" [ההדגשה במקור].

על כן, לא זו בלבד שאין למצוא כל פגם בהתאמת כתבי הכמויות בין שני השלבים, התאמה כזו מתחייבת למעשה מהוראות המכרז. כמו כן אני מצטרפת בעניין

זה ליתר הטעמים אותם מנה חברי השופט נ' הנדל, אשר גם בגינם אין מקום להסיק מן התמחור של המדרגות בשלב א' על כך שמדובר בהצעה תכסיסנית.

11. סוף דבר - בשל כל הטעמים המפורטים לעיל, אני מצטרפת כאמור אל מסקנתו של חברי השופט נ' הנדל, לפיה יש לקבל את הערעור ולהורות על הכרזתה של אסום כזוכה במכרז.

ש ו פ ט ת

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"ח אב התשע"ב (6.8.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת